INEXIGIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN EL DESPIDO INJUSTIFICADO

José María Pacori Cari*

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín del Perú. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú; Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia. Miembro de Pleno Derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal

Nemo potest venire contra factum proprium[1]. Teniendo en cuenta la justicia social en el despido, este puede ser justificado o injustificado, será justificado cuando se sustenta en una causa objetiva relacionada con la capacidad o conducta del trabajador estatal e injustificado cuando es arbitrario, nulo, incausado, fraudulento o indirecto. La impugnación del despido en el empleo público nos lleva a establecer la necesidad de agotar la vía administrativa antes de recurrir a un proceso judicial, en el caso de los trabajadores del régimen laboral privado (728) a cargo del Estado, estos no están obligados al agotamiento de la vía administrativa, por lo que producido el despido pueden presentar directamente su demanda laboral al juez de trabajo, por otro lado, los trabajadores del régimen laboral público (276), régimen CAS y Ley 30057 al impugnar su despido deberán iniciar un proceso contencioso-administrativo laboral siendo necesario establecer si deben agotar la vía administrativa.

1. Contenido esencial del derecho al trabajo

El despido injustificado es una violación al contenido esencial del derecho constitucional al trabajo conforme se verifica del fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nro. 1124-2001-AA/TC Lima que indica:

"El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, ***el derecho a no ser despedido sino por causa justa****. Aunque no*

* Cita: **Pacori Cari**, José María (2025). Inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa en el despido injustificado. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen VII, mayo 2025, pp. 31-37. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.

El autor es abogado especialista en el Derecho del Empleo Público en el Perú. Contacto: corporacionhiramsl@gmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

[1] Nadie puede ir contra sus propios actos.

resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. ***Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*** *" (el resaltado es nuestro).*

El despido injustificado incluye los diversos tipos de despidos que no son considerados despido justificado, como son: el despido arbitrario, despido nulo, despido fraudulento, despido incausado o despido indirecto. El despido injustificado determina la extinción contraria a derecho de la relación laboral, tanto privada como pública, determinando el cese inmediato de las prestaciones recíprocas, esto es, el cese de la prestación de servicios del trabajador a favor del empleador y el cese del pago de remuneraciones del empleador a favor del trabajador. De esta manera, con relación al trabajador, la consecuencia directa del despido injustificado es el no pago de la remuneración que tiene el carácter de derecho alimentario conforme lo indica el numeral 4), cuarto considerando de la Casación Laboral 16613-2017 Arequipa del 6 de enero de 2020 emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que indica

"Conforme a la doctrina, las características de la remuneración son: ***a) carácter alimenticio, se desprende del hecho que por estar dedicado el trabajador en forma personal a cumplir con sus labores a favor del empleador, no puede desarrollar otras actividades que le permitan satisfacer las necesidades de subsistencia de él y de su familia, debiendo atender dichas necesidades con la remuneración que percibe*** *" (el resaltado es nuestro).*

Conforme a lo anterior tenemos que el despido injustificado que sufre el trabajador estatal (728, 276, CAS o Ley 30057) afecta el contenido esencial de dos (2) derechos fundamentales, como son el derecho al trabajo y el derecho a la remuneración.

Establecido que el despido injustificado en el empleo público afecta el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo y a la remuneración, resulta necesario establecer cuál es la naturaleza del despido injustificado en la relación laboral pública.

```
Contenido esencial del derecho al trabajo
├── Derecho a acceder a un trabajo (progresivo)
└── Derecho a no ser despedido sin causa justa

Despido injustificado
├── Tipos: arbitrario, nulo, fraudulento, incausado, indirecto
├── Efecto: extinción ilegal de la relación laboral
└── Consecuencia: cese de servicios y de pago de remuneración

Afectación de derechos fundamentales
├── Derecho al trabajo
└── Derecho a la remuneración (carácter alimentario)

Ámbito: empleo público (728, 276, CAS, Ley 30057)
```

2. Naturaleza del despido injustificado en el empleo público
Desde el punto de vista del derecho del empleo público, el despido es la decisión unilateral del empleador estatal de poner fin a la relación laboral pública por causa justificada o injustificada; sin embargo, desde el punto de vista del derecho administrativo, tenemos lo siguiente:

2.1. El despido justificado basado en la conducta o capacidad del trabajador es un acto administrativo, *verbi gratia*, la resolución que dispone la destitución del trabajador estatal (despido disciplinario). En este caso, al encontrarse el supuesto de despido en un acto administrativo de considerar que este es contrario al ordenamiento jurídico corresponde interponer recursos administrativos para agotar la vía administrativa y recurrir, de ser desfavorable, al proceso contencioso-administrativo laboral, *ergo*, en este caso es imprescindible recurrir al agotamiento de la vía administrativa, es respecto de este supuesto que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 2, inciso 4), literal b) de la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo - que indica

"Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos": "4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, los casos siguientes": "b) ***La impugnación judicial de resoluciones expedidas por tribunales administrativos que resuelven en materia de derecho laboral público*** *y derecho de la seguridad social, cuando las prestaciones sean otorgadas por un organismo público".*

2.2. El despido injustificado es una actuación material de la entidad pública, en este caso encontramos dos (2) supuestos:

a. La actuación material de despido no sustentada en acto administrativo, supuesto en el cual estamos ante una actuación material no sustentada en acto administrativo (vía de hecho), lo que se denomina despido de hecho, *verbi gratia*, el trabajador estatal se apersona a la entidad pública y se lleva la sorpresa que ya no puede registrar su asistencia, impidiéndole su ingreso el personal de vigilancia. En este caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido uniformemente que respecto de la actuación material de despido no sustentada en acto administrativo no es requerido el agotamiento de la vía administrativa, constituyendo una excepción a la regla el caso del despido de hecho de un servidor público en los regímenes laborales públicos (Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 1057 y Ley 30057), donde se considera que el despido es una actuación material respecto de la cual no se requiere el agotamiento de la vía administrativa como lo indica la sumilla de la Casación 13826-2014 Moquegua:

"Las instancias de mérito han resuelto la causa sin tener en cuenta la naturaleza de la actuación administrativa impugnada, ***no es posible el agotamiento de la vía administrativa frente a actuaciones materiales de la administración que no se sustentan en actos administrativos; verificándose que al ser materia de impugnación, un despido de hecho, el demandante se encuentra habilitado para optar entre recurrir directamente al Poder Judicial*** *o cuestionar dicho acto material en sede administrativa antes de acudir a la judicatura" (el resaltado es nuestro).*

b. La actuación material de despido se sustenta en acto administrativo, supuesto en el cual la entidad pública pone en conocimiento el término de la relación laboral pública, *verbi*

gratia, por no renovación del contrato temporal, siendo que como consecuencia de este acto administrativo se produce la actuación material de despido (acto de ejecución), en efecto, en este caso, el acto respecto del cual se deriva el despido no establece expresamente un despido, sino que este se deriva del término de la relación laboral que alega el empleador, es respecto de este despido que resulta necesario establecer la necesidad de agotar la vía administrativa, puesto que al ser una actuación material de despido de hecho tampoco es exigible el agotamiento de la vía administrativa.

```
Despido Injustificado en el Empleo Público
|
+-- 1. Derecho del Empleo Público
|   |
|   +-- Despido = Decisión unilateral (con o sin causa)
|
+-- 2. Derecho Administrativo
    |
    +-- A. Despido Justificado
    |   |
    |   +-- Acto administrativo (ej. destitución)
    |   +-- Requiere agotar vía administrativa
    |
    +-- B. Despido Injustificado
        |
        +-- a) Sin acto administrativo (Despido de hecho)
        |   +-- No se requiere agotar vía administrativa
        |
        +-- b) Con acto administrativo previo (ej. no renovación)
            +-- Despido deriva de acto
            +-- Tampoco requiere agotar vía administrativa
```

3. Inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa

En el caso de que un acto preceda al despido, es preciso establecer la necesidad de agotar la vía administrativa. Como vimos anteriormente el despido constituye una afectación al contenido esencial al derecho del trabajo y al derecho a la remuneración que convierte al agotamiento de la vía administrativa como un requisito perverso e inútil para el trabajador estatal, caso en el cual nos remitimos al fundamento séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nro. 02833-2006-PA/TC Lima que indica:

"No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que ***pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso o en un ritualismo inútil, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata****. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación" (el resaltado es nuestro).*

De esta manera, **podemos afirmar que el trabajador estatal no está obligado al agotamiento de la vía administrativa en el caso del despido injustificado**. En efecto, al haberse afectado el contenido esencial del derecho constitucional del trabajo, no le es exigible al trabajador estatal el agotamiento de la vía administrativa en el caso del despido injustificado.

Ahora bien siendo que el despido injustificado del trabajador estatal no solo afecta el contenido esencial del derecho al trabajo, sino también el contenido esencial del derecho a la remuneración, en este caso tampoco es exigible el agotamiento de la vía administrativa, conforme se verifica del Tema 02 **"exoneración del agotamiento de la vía administrativa en los procesos contenciosos administrativos laborales"** del III Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, donde el Pleno acordó por unanimidad:

*"**El trabajador se encuentra exonerado de agotar la vía administrativa, para interponer la demanda contenciosa administrativa laboral, en aquellos casos en los que invoca la afectación del contenido esencial del derecho a la remuneración**, ya sea que peticiones el pago de la remuneración básica, la remuneración total, la remuneración permanente, las bonificaciones, las dietas, las asignaciones, las retribuciones, los estímulos, los incentivos, las compensaciones económicas y los beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento" (el resaltado es nuestro).*

Ergo, no resulta exigible al trabajador estatal el agotamiento de la vía administrativa en el caso del despido injustificado por la afectación al contenido esencial al derecho al trabajo y al derecho a la remuneración.

```
INEXIGIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA
│
├── Supuesto: Despido injustificado a trabajador estatal
│
├── Fundamento:
│   ├── Afecta derechos fundamentales:
│   │   ├── Derecho al trabajo
│   │   └── Derecho a la remuneración
│   └── TC (Exp. 02833-2006-PA/TC):
│       └── Agotamiento puede ser requisito perverso o inútil
│
├── Jurisprudencia:
│   └── III Pleno Jurisdiccional Supremo:
│       └── No se exige agotar vía si se alega afectación a remuneración
│
└── Conclusión:
    └── El trabajador puede demandar directamente sin agotar vía administrativa
```

4. Inimpugnabilidad del despido injustificado como actuación material

En el proceso contencioso-administrativo se establece como actuación impugnable las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública, lo que implica a las actuaciones materiales de ejecución de actos administrativos que transgreden principios o normas del ordenamiento jurídico, como se verifica del inciso 4) y 6) del artículo 4 del TUO de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo – Decreto Supremo 011-2019-JUS que indica:

"Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas": "4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico". "6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública".

Al haber establecido que el despido injustificado es una actuación material que se deriva de un acto administrativo que no lo menciona expresamente, caemos en la cuenta de que **al ser una actuación material no es un acto administrativo** conforme se verifica del artículo 1.2, numeral 1.2.2 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo 004-2019-JUS – que indica:

"1.2 No son actos administrativos": "1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades".

Establecer que el despido injustificado en estas condiciones es una actuación material hace imposible interponer recursos administrativos, *ergo*, resulta inexigible el agotamiento de la vía administrativa, como se verifica del artículo 217.1 del TUO de la Ley 27444 que indica:

*"217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, **frente a un acto administrativo** que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, **procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos** señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo" (el resaltado es nuestro).*

De la lectura de esta disposición tenemos que los recursos administrativos solo proceden en contra de los actos administrativos, pero no proceden contra las actuaciones materiales, estén o no sustentadas en actos administrativos, por lo que **no es posible exigir el agotamiento de la vía administrativa respecto de la actuación material de despido injustificado derive o no de un acto administrativo**.

```
Despido injustificado como actuación material
│
├── No es acto administrativo (Ley 27444, art. 1.2.2)
│   └── Es un comportamiento o actividad material
│
├── No se puede impugnar vía recurso administrativo
│   └── Ley 27444, art. 217.1: Solo aplican a actos administrativos
│
└── No es exigible agotar la vía administrativa
    └── Por ser actuación material, no sujeta a procedimiento recursivo
```

5. Incompetencia del Tribunal del Servicio Civil en el caso del despido injustificado

El Tribunal del Servicio Civil conoce de los recursos de apelación en materia de terminación de la relación de trabajo, conforme se verifica del artículo 17, literal e) del Decreto Legislativo 1023 que indica:

*"El Tribunal del Servicio Civil – el Tribunal, en lo sucesivo – es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema. El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Conoce recursos de apelación en materia de": "**e) Terminación de la relación de trabajo**" (el resaltado es nuestro).*

Estando a esto, tenemos que el Tribunal del Servicio Civil es competente para conocer los supuestos de terminación de la relación de trabajo, lo que nos remite a los supuestos de terminación de la relación de empleo público en cada régimen laboral a cargo del Estado, **en los cuales no se consigna como supuesto de terminación de la relación laboral el**

despido injustificado, lo que nos remite al artículo 22 de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público – que indica:

"El término del empleo se produce por: a) Fallecimiento. b) Renuncia. c) Mutuo disenso. d) Contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles. e) Invalidez permanente que no le permita cumplir con sus funciones. f) Jubilación. g) Cese".

De la lectura de este artículo se determina que no se considera como causal de término de la relación laboral publica el despido injustificado por lo que, por principio de legalidad, no sería de competencia del Tribunal del Servicio Civil, pensar lo contrario sería contravenir el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la Ley 27444 que indica:

"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, ***dentro de las facultades que le estén atribuidas*** *y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas" (el resaltado es nuestro).*

```
Incompetencia del Tribunal del Servicio Civil
│
├── Competencia según D. Leg. 1023, art. 17, literal e)
│   └── Revisa apelaciones por terminación de la relación laboral
│
├── Ley Marco del Empleo Público (Ley 28175, art. 22)
│   ├── Establece causales de término del empleo
│   └── No contempla el despido injustificado como causal
│
├── Principio de legalidad (Ley 27444, art. IV, num. 1.1)
│   └── Las autoridades solo pueden actuar dentro de sus atribuciones legales
│
└── Conclusión:
    └── Al no estar previsto legalmente, el despido injustificado
        no puede ser conocido por el Tribunal del Servicio Civil
```

Conclusión

En conclusión, en caso del despido injustificado de los trabajadores estatales no les es exigible el agotamiento de la vía administrativa, puesto que el despido es una actuación material, sustentada o no en acto administrativo, que no es pasible de recursos administrativos por afectación al contenido esencial a los derechos fundamentales del trabajo y la remuneración.

Referencias

- Casación 13826-2014 Moquegua (17 de diciembre de 2015). Perú: Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación Laboral 16613-2017 Arequipa (06 de enero de 2020). Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

- Decreto Legislativo 1023 (21 de junio de 2008). Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos. Perú.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS (25 de enero de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Perú.
- Decreto Supremo 011-2019-JUS (04 de mayo de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Perú.
- III del Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (22 y 30 de junio de 2015). Perú: Corte Suprema de Justicia de la República.
- Ley 28175 (19 de febrero de 2004). Ley Marco del Empleo Público. Perú.
- Ley 29497 (15 de enero de 2010). Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (11 de julio de 2002). Expediente Nro. 1124-2001-AA/TC Lima. Perú: Tribunal Constitucional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (28 de noviembre de 2007). Expediente Nro. 02833-2006-PA/TC Lima. Perú.